

A contratación pública de servicios ás persoas tras a aprobación das directivas europeas de cuarta xeración. Un novo horizonte nas políticas sociais autonómicas

La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas

Public procurement of services to the person after the passing of fourth-generation public procurement. A new forecast on regional social politics

53 Regap

Regap



NOTAS

JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA

Doutorando do programa de Doutoramento en Dereito Administrativo Iberoamericano

Universidade da Coruña (Galicia, España)

Investigador do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades
Secretario académico da Rede Iberoamericana de Contratación Pública
jorge.lopez-veiga @udcc.es

Recibido: 25/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Resumo: A contratación pública social na UE pasa por un proceso de evolución. Tanto a xurisprudencia do TXUE como o *soft-law* foron determinantes para este desenvolvemento, que se recoñeceu nas vixentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas revelaron que estes servizos ás persoas –ou sociais– teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada. Introdúcense dúas novas posibilidades para a prestación destes servizos: un tratamento contractual diferenciado e fórmulas non contractuais. En España, da análise dos aínda escasos avances normativos autonómicos, destacan a incorporación do “concerto social” e do novo tratamento con entidades sen ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos ás persoas, entidades sen ánimo de lucro, terceiro sector.

Resumen: La contratación pública social en la UE pasa por un proceso de evolución. Tanto la jurisprudencia del TJUE como el *soft-law* han sido determinantes para este desarrollo, que se ha reconocido en las vigentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas han revelado que estos servicios a las personas –o sociales– tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada. Se introducen dos nuevas posibilidades para la prestación de estos

servicios: un tratamento contractual diferenciado y fórmulas no contractuales. En España, del análisis de los aún escasos avances normativos autonómicos, destacan la incorporación del “concerto social” y del nuevo tratamento con entidades sin ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos a las persoas, entidades sin ánimo de lucro, tercer sector.

Abstract: European social public procurement goes through a process of evolution. The jurisprudence of the CJEU and soft law have been decisive for this development, recognized in the directives of public procurement of 2014. These directives have shown that these services to the people – or social – have specific characteristics that make the application of the procedures of public procurement service are inadequate. Two new possibilities are introduced for the provision of these services: a differential contractual treatment and non-contractual formulas. In Spain, from the analysis of the still scarce regional regulatory advances, stand out the incorporation of the social agreement (“*concerto social*”) and the new treatment with non-profit organizations.

Key words: social public procurement, directives of public procurement, social agreement, services to persons, non-profit organizations, third sector.

Sumario: 1 Consideracións previas sobre a contratación pública social. 2 O tratamento europeo dos aspectos sociais na contratación pública. 2.1 O pasado. 2.2 O presente: transposición e o efecto directo. 3 Novidades na prestación de servizos sociais tras as directivas de contratación de cuarta xeración. Referencia especial ao réxime do “concerto social”. 3.1 Consideracións introdutorias. 3.2 O escenario actual no Estado español: as comunidades autónomas que deron o paso á fronte. 3.3 A colaboración con entidades sen ánimo de lucro. 3.4 A prestación de servizos ás persoas na Comunidade Autónoma de Galicia. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 Consideracións previas sobre a contratación pública social

Cómpre partir do recordo de que a dignidade humana debe ser o centro e a raíz do Estado, e esta debe ser o epicentro de toda Constitución¹. O contido básico de tal dignidade son os dereitos sociais fundamentais, que de ningún xeito poden ser vulnerados, e son os que outorgan o sentido real a un Estado social, baseado no interese do colectivo.

MEILÁN GIL xa sinalaba que a “boa administración”² radica en facer efectivos os intereses colectivos ou xerais, nos cales se inclúen os dereitos fundamentais da persoa, que lle veñen predeterminados á Administración, por iniciativa do Goberno e o aval do Parlamento³.

Neste sentido, cando nas constitucións dos Estados se preceptúa que os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican⁴, non se prohíbe unicamente o desvío de poder, a arbitrariedade, senón que ao mesmo tempo se impón o sometemento aos fins que xustifican a intervención da actuación administrativa: a realización do interese xeral⁵.

1 A Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea dedica o seu primeiro capítulo á dignidade. A carta formalmente é proclamada en Niza en decembro de 2000 polo Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión. Coa entrada en vigor do Tratado de Lisboa, en decembro de 2009, converteuse en xuridicamente vinculante na UE –tendo a mesma validez xurídica que os tratados da UE–; incorporouse así aos ordenamentos xurídicos dos Estados membros e, por todo iso, a carta xera dereitos e obrigas, podendo ser invocada ante os tribunais. Na Constitución española de 1978 é o artigo 10 o que trata a dignidade da persoa.

2 Tamén na Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea está recoñecido o “dereito a unha boa Administración” (artigo 41).

3 MEILÁN GIL, J. L. “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 17, 2013, pp. 234-237.

4 *Vid.* artigos 103.1 e 106.1 da Constitución española de 1978 e artigos 266.1 e 269.1 da Constitución portuguesa de 1976.

5 RIVERO YSERN, E., e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social do dereito administrativo*, 1.ª ed., Editorial Bubok, Madrid, 2016, pp. 9-22.

Centrándonos xa no campo específico da contratación administrativa, temos que destacar a recente concepción de que a contratación pública non constitúe exclusivamente un medio para a obtención de prestacións, obras ou servizos nas condicións economicamente de máis proveito para a Administración, senón que é, sobre todo, unha ferramenta xurídica ao servizo dos poderes públicos para o cumprimento dos seus fins e valores fundamentais, tales como a redistribución da riqueza, a igualdade e a xustiza. Isto contradí unha parte da doutrina clásica administrativista, para a cal a contratación pública debe servir a criterios puramente económicos. Esta concepción traduciríase nunha redución do Estado ao papel de subministrador de servizos, a unha neutralidade en que se deixe de contemplar a contratación pública como un instrumento máis de política económica.

A Administración, cando contrata con empresas a realización de obras ou servizos de natureza pública, dispón dunha posición xurídica especial que lle permite dispor dunha serie de poderes que só se xustifican na medida en que previamente estean argumentados en razóns de interese común. Polo tanto, a través da contratación do sector público é posible, e desexable, que os agora chamados poderes adxudicadores garantan que esa forma de prestar os servizos de interese xeral ou de construír obras públicas se realice desde os postulados do servizo obxectivo ao interese da cidadanía. Deste xeito, a Administración pode deseñar na realidade das condicións de contratación compromisos éticos ou sociais que son dalgún modo o reflexo da cláusula do Estado social e democrático de dereito.

Alcanzado este punto introdutorio, convén diferenciar a compra pública social da ética; acerca da compra pública social, MEDINA ARNÁIZ fai fincapé na incorporación aos contratos públicos de obxectivos de política socio-laboral fronte a aqueles outros supostos nos cales os elementos a valorar teñen máis que ver co cumprimento de estándares éticos establecidos nas convencións internacionais sobre condicións laborais dignas, salarios mínimos, dereitos dos traballadores ou loita contra o traballo infantil, e que son exclusivos do concepto de compra ética. Hai que ter en conta tamén o concepto de compra pública sustentable, co que se fai referencia á integración de aspectos sociais, éticos e ambientais nos procesos e fases da contratación pública⁶.

Os sistemas de contratación pública supoñen un instrumento axeitado para incidir, de xeito positivo, no desenvolvemento das políticas sociais, a través da introdución nos procedementos de contratación de cláusulas de contido social que fomenten que as empresas adopten medidas a favor dunha colectividade en risco de exclusión, a denominada “responsabilidade social corporativa” (RSC). Deste xeito, as cláusulas sociais son aquelas estipulacións que obrigan as empresas adxudicatarias dun contrato público a dar cumprimento, xunto co obxecto propio do contrato, a determinados obxectivos de política social que se consideran de interese xeral.

Coa incorporación de cláusulas sociais na contratación pública, búscanse dous obxectivos: por unha parte, a promoción e consolidación dun tecido empresarial sustentable cun forte compromiso social e, por outra, a promoción da inserción laboral daquelas persoas que máis dificultades teñen para acceder a un emprego. A incorporación das cláusulas sociais forma parte dun sistema de contratación pública sustentable, que comprende política social, balance social e redistribución equilibrada da riqueza, afondando nas raíces dun Estado de benestar que promove a igualdade de oportunidades, pensando no bo futuro das seguintes xeracións.

6 MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P. “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 187-189.

O compromiso social das empresas e o desenvolvemento da propia actividade empresarial no campo da sustentabilidade poden ser plenamente realizables e alcanzables desde parámetros racionais e obxectivos que manteñan a inclusión das cláusulas sociais nos pregos para a contratación pública, de maneira que estas cláusulas respondan obxectivamente ao cumprimento dos fins sociais e de interese público aos que deben quedar sometidos os poderes públicos no seu recurso á contratación externa de obras, servizos e subministracións⁷.

2 O tratamento europeo dos aspectos sociais na contratación pública

2.1 O pasado

O recoñecemento de políticas sociais no dereito positivo europeo ten a súa orixe en varios corpos normativos de carácter xeral, como son: a Convención Europea de Dereitos Humanos⁸, a Carta Social Europea⁹ e o Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea¹⁰.

Non obstante, estas normas non fan un tratamento específico acerca da contratación pública social. A cristalización das cláusulas sociais construíuse, por unha parte, a través da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), e, por outra, a partir do *soft-law*.

Así, antes de recollese a posibilidade de sumar cláusulas sociais na normativa de contratación pública do dereito comunitario, o TXUE tivo que abordar este asunto na sentenza do 20 de setembro de 1988 (Asunto 31/87), caso *Gebroeders Beentjes BV* contra o Estado dos Países Baixos, onde o tribunal se pronuncia a favor da legalidade da súa inclusión, neste caso entre os criterios de adxudicación e con dous requisitos indispensables: a publicidade previa e que non se contraveñan os principios do dereito comunitario¹¹. Despois deste primeiro paso no

7 CONSELLARÍA DE FACENDA E ADMÓN. PÚBLICA DA JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, outubro 2016, pp. 4-5. Consultado o 5 de marzo de 2017, na seguinte ligazón web: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

8 O Consello de Europa (organización internacional que ten como obxectivo principal a defensa e protección da democracia, o Estado de dereito e os dereitos humanos, particularmente os civís e políticos. Trátase da institución deste tipo máis antiga de Europa, nace en Londres en 1949, e engloba a totalidade dos Estados europeos coa única excepción de Bielorrusia) crea a convención, denominada tamén como Convenio para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, en Roma o 4 de novembro de 1950, e entra en vigor o 3 de setembro de 1953. En España, ratifícase e entra en vigor o 4 de outubro de 1979. O sistema de protección creado co convenio evolucionou co paso do tempo a través da aprobación de diversos protocolos que o complementan (para que cada protocolo entre en vigor, é necesario que sexa ratificado por un número mínimo de países). Co fin de permitir un control do respecto efectivo dos dereitos humanos, o convenio instituíu o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (ou Corte Europea de Dereitos Humanos). A Unión Europea incorporou o mandato da adhesión ao convenio, no apartado 2 do artigo 6 do Tratado da Unión Europea na súa versión consolidada despois das modificacións introducidas polo Tratado de Lisboa, asinado o 13 de decembro de 2007, e que entrou en vigor de forma xeral e para España o 1 de decembro de 2009.

9 Elaborada en Turín, o 18 de outubro de 1961, con entrada en vigor o 26 de febreiro de 1965 e en España o 5 de xuño de 1980. O texto de 1961 tivo unha revisión e ampliación de contido. Froito diso foi a publicación da Carta social europea revisada, en Estrasburgo o 3 de maio de 1996, que entrou en vigor o 1 de xullo de 1999 e sería asinada por España o 23 de outubro de 2000; non obstante, aínda non foi ratificada.

10 Foi asinado en Roma o 25 de marzo de 1957 como Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea, e desde entón sobreviviu con diversas reformas e distintas denominacións: ata 1992 TCEE, de 1992 ata 2009 como Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (TCE), e desde a entrada en vigor do Tratado de Lisboa á actualidade como Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE).

11 A resposta que deu o TXUE á cuestión formulada polo tribunal holandés foi: a condición de empregar para a execución da obra traballadores en situación de paro de longa duración e inscritos na oficina rexional de emprego é compatible co dereito comunitario se non atenta contra as liberdades comunitarias básicas discriminando os empresarios doutros Estados, determinación que lles corresponde realizar, en cada caso concreto, aos tribunais internos. A partir desta sentenza vai ser acuñado o termo das “condicións sociais non discriminatorias”.

recoñecemento dunha contratación social e malia as obxeccións da Comisión, que non se mostrou nese momento moi favorable a esta opción, o TXUE, en posteriores sentenzas, veu consolidando a dita liña xurisprudencial, particularmente na STXUE do 26 de setembro de 2000, caso Comisión das Comunidades Europeas contra a República Francesa (Asunto C-225/98), coñecido como o asunto da Rexión Nord-Pas-de-Calais.

Ademais da xurisprudencia, como se apuntou, tivo relevancia o *soft-law* (previamente á chegada das directivas de contratación pública). Deste dereito non vinculante temos que destacar o *Ditame sobre contratación pública*, aprobado o 21 de maio de 1997 polo Comité Económico e Social da Unión Europea, onde se expuña a idea de que debería reforzarse o concepto de oferta economicamente máis vantaxosa, xa que o criterio do prezo non era o único determinante e que “*tendo en conta as prioridades comunitarias, especialmente en materia social, as autoridades públicas adxudicatarias poderán integrar estas preocupacións nos contratos que realicen*”. Este proceso culminou coa *Comunicación interpretativa da Comisión sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nos ditos contratos*, do 15 de outubro de 2001. Igualmente, destaca a guía da Comisión Europea, elaborada en outubro de 2010, titulada *Adquisicións sociais: Unha guía para considerar aspectos sociais nas contratacións públicas*. Este documento, ademais de explicar e destacar os aspectos sociais para que non se teñan só en conta os aspectos economicistas, acuñou o concepto “*compra pública socialmente responsable*” (CPSR), que despois sería empregado nas directivas. Tal concepto comprende aquelas operacións de contratación que teñen en conta un ou máis dos aspectos sociais que se citan a continuación: políticas laborais (oportunidades de emprego, traballo digno, cumprimento dos dereitos laborais e sociais); inclusión social; dereitos das persoas con discapacidade física ou mental; accesibilidade universal, crecemento sustentable, e igualdade de oportunidades. Resumindo, a CPSR ten en conta a calidade no emprego, a perspectiva de xénero, a contratación de persoas con discapacidade ou a contratación de inserción e centros especiais de emprego¹².

Todas estas consideracións sociais foron recoñecidas na derogada Directiva 2004/18/CE¹³ e reiteradas nas directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE¹⁴, respectando, en calquera caso, a liberdade de acceso ás licitacións, a non discriminación e igualdade de tratamento ás persoas licitadoras e sen prexuízo da competencia, transparencia e publicidade que rexerán todo proceso de contratación.

O TXUE di que non hai inconveniente en que a través desta clase de cláusulas sexan perseguidos obxectivos sociais distintos do examinado na sentenza *Beentjes*, como a loita contra o desemprego xuvenil, a formación profesional ou, mesmo, a eliminación da discriminación laboral por motivos de raza ou de xénero.

Vid. AYMERICH CANO, C. I., “Condições sociais e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000, pp. 53-66.

12 CONSELLARÍA DE FACENDA E ADMÓN. PÚBLICA DA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, outubro de 2016, pp. 6-9. <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/recursos/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf> (5 de marzo de 2017).

13 Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos. Publicada no DOUE n. 134, do 30 de abril de 2004.

14 Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/25/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores de auga, enerxía, transportes e servizos postais, e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Estas son as denominadas directivas de cuarta xeración.

As directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE inspíranse na *Estratexia Europa 2020: para un crecemento intelixente, sustentable e integrador*. Esta estratexia da Comisión, do 3 de marzo de 2010, configura a contratación pública como un instrumento que permite incidir no mercado co obxectivo de implantar políticas para mellorar as condicións xerais que beneficien a innovación nas empresas; fomentar a contratación pública con criterios ambientais; mellorar o ámbito empresarial, especialmente para as pequenas e medianas empresas innovadoras, e incentivar a contratación socialmente responsable¹⁵.

Adicionalmente, a Directiva 2014/24/UE eleva á categoría de “principio da contratación” o cumprimento das normas obrigatorias en materia ambiental, social ou laboral no artigo 18.2, segundo o cal: *“Os Estados membros tomarán as medidas adecuadas para garantir que, na execución de contratos públicos, os operadores económicos cumpran as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral establecidas no dereito da Unión, no dereito nacional, nos convenios colectivos ou nas disposicións de dereito internacional ambiental, social e laboral enumeradas no anexo X”*.

A inclusión e o fomento destes aspectos nas contratacións públicas quedarán suxeitos, en calquera caso, ao cumprimento dos principios fundamentais da Unión Europea e das directivas de contratación, constituídos, fundamentalmente:

- Polas liberdades fundamentais do mercado interior.

- E polos principios consagrados na Directiva 2014/24/UE, recollidos no artigo 18, ao número 2 da cal xa fixemos referencia, polo que procede citar neste punto o seu número 1, cuxo teor literal é: *“Os poderes adjudicadores tratarán os operadores económicos en pé de igualdade e sen discriminacións, e actuarán de xeito transparente e proporcionado. A contratación non será concibida coa intención de ser excluída do ámbito de aplicación desta directiva nin de restrinxir artificialmente a competencia. Considérase que a competencia está artificialmente restrinxida cando a contratación se concibise coa intención de favorecer ou prexudicar indebidamente determinados operadores económicos”*.

Precisamente por razón destas regras e principios comunitarios, así como pola propia natureza de certos contratos, moitos aspectos sociais só poderán ser incluídos en etapas puntuais do procedemento de contratación.

Xunto con estes obxectivos, tamén se busca unha mellora no relativo á transparencia, á simplificación e á eficiencia nos procedementos de licitación, así como medidas dirixidas

15 Así, os considerados 2 e 3 da Directiva 2014/24/UE determinan:

“(2) A contratación pública desempeña un papel esencial na Estratexia Europa 2020, establecida na Comunicación da Comisión do 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, unha estratexia para un crecemento intelixente, sustentable e integrador» («Estratexia Europa 2020»), como un dos instrumentos baseados no mercado que se deben utilizar para conseguir un crecemento intelixente, sustentable e integrador, garantindo simultaneamente unha utilización máis eficiente dos fondos públicos. Con ese fin, deben ser revisadas e modernizadas as normas vixentes sobre contratación pública adoptadas de conformidade coa Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, e a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, coa finalidade de mellorar a eficiencia do gasto público, favorecendo particularmente a participación das pequenas e medianas empresas (pemes) na contratación pública, e de permitir que os contratantes utilicen mellor a contratación pública para o apoio de obxectivos sociais comúns. Igualmente, é necesario esclarecer determinadas nocións e conceptos básicos para garantir a seguridade xurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea relativa á contratación pública.

(3) Na aplicación desta directiva débese ter en conta a Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos das persoas con discapacidade física ou mental, en particular con relación á elección dos medios de comunicación, especificacións técnicas, criterios de adjudicación e condicións de execución do contrato (aprobado pola Decisión 2010/48/CE do Consello, o 26 de novembro de 2009, da Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos das persoas con discapacidade física ou mental”.

a dar claridade aos conceptos e definicións, incorporando ao seu articulado gran parte da doutrina que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea foi establecendo ao longo dos últimos anos para crear un espazo común en materia de contratación pública¹⁶.

2.2 O presente: transposición e o efecto directo

Todo este conxunto de obxectivos, que teñen un grande interese desde a perspectiva económica e da xustiza social, requiren a súa transposición ao dereito interno a través dos instrumentos oportunos. Non obstante, o prazo fixado para levala a cabo rematou o 18 de abril de 2016 sen que se producise a transposición destas directivas pola maior parte dos Estados da UE. Poucos países adaptaron a súa normativa interna para incorporar o novo dereito da UE en contratación pública. Así, cos datos facilitados pola propia Unión, só fixeron correctamente a transposición o Reino Unido, Dinamarca, Portugal e Francia. No que concirne a España, aínda non se produciu esta transposición de forma xeral á lexislación estatal, estando, na actualidade, no proceso de tramitación parlamentaria de aprobación do proxecto de lei dunha nova Lei de contratos do sector público¹⁷.

Neste momento cómpre facer referencia á institución do efecto directo¹⁸, o cal implica que, se unha directiva non fose trasposta no prazo previsto para iso, ou fose trasposta incorrectamente, tal efecto permite a un particular invocar directamente os seus preceptos fronte aos poderes públicos dun Estado membro, coa primacía sobre calquera norma interna, garantíndose así a aplicabilidade e a eficacia do dereito europeo nos países da UE (Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas –o actual, e denominado desde 2009, Tribunal de Xustiza da Unión Europea– do 5 de febreiro de 1963, asunto *Van Gend en Loos*). De acordo coa doutrina do TXUE, en todos aqueles casos en que as disposicións dunha directiva resulten, desde o punto de vista do seu contido, claras, incondicionais e suficientemente precisas, os particulares están lexitimados para invocalas ante os órganos xurisdiccionais nacionais contra o Estado, ben cando este non adapte o dereito nacional á directiva dentro dos prazos sinalados, ben cando faga unha transposición incorrecta desta. Unha disposición do dereito da Unión é incondicional cando establece unha obriga que non está suxeita a ningún requisito nin supeditada, na súa execución ou nos seus efectos, a que se

16 VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable non sector público autonómico galego*, 2016, pp. 3-7. http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoríaXurídica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf (25 de febreiro de 2017).

17 Isto debeuse, en parte, á situación político-lexislativa, xa que desde finais do ano 2015 ata finais de 2016 estivo o Estado español cun Goberno en funcións.

É preciso recordar que o Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou os informes do ministro de Facenda e Administracións Públicas sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España. Trátase dos anteproxectos de Lei de contratos do sector público e de contratos nos sectores da auga, enerxía, transportes e os servizos postais. Actualmente (marzo de 2017) atopámonos cun proxecto de Lei de contratos do sector público, polo que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, presentado polo Goberno o 25 de novembro de 2016, nun proceso de tramitación urxente. O prazo de emendas ao articulado do proxecto de lei tivo que ser ampliado en numerosas ocasións (finalizado o 2 de marzo de 2017), chegándose a superar as mil emendas.

18 O efecto directo preserva a nota de primacía propia do ordenamento xurídico da Unión Europea (establecida por primeira vez na STXUE do 15 de xullo de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64), e garante co efecto útil do dereito da Unión Europea, é dicir, a súa funcionalidade, que non se vexa desvirtuado por unha eventual inexecución das directivas por un Estado membro, quedando ademais reforzada a esfera xurídica dos particulares beneficiarios do contido da directiva. Trátase dun criterio amplamente consolidado na xurisprudencia do TXUE, tanto con carácter xeral (ver a STXUE do 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, e a STXUE do 19 de xaneiro de 1982, *Becker* asunto C-8/81), como en expresa referencia ás sucesivas directivas de contratación pública (ver a STXUE do 24 de setembro de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, e a STXUE do 2 de xuño de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04).

adopte ningún acto das institucións da Unión ou dos Estados membros, e esta característica concorre na maioría dos preceptos das novas directivas europeas de contratación pública¹⁹.

No referente ao Estado español, ademais do efecto directo das novas directivas, cómpre ter en conta a necesidade de realizar unha interpretación conforme coas exigencias do dereito da Unión Europea, do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP), así como do Real decreto 1098/2001, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas e a súa importante reforma operada polo RD 773/2015; do RD 817/2009, polo que se desenvolve parcialmente a LCSP, e do RD 814/2015, que aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Se unha interpretación non é posible conforme tal diversidade normativa, o órgano xurisdiccional nacional debe aplicar integramente o dereito comunitario e protexer os dereitos que este lles confire aos particulares, absténdose de aplicar, se é o caso, calquera disposición nacional na medida en que tal aplicación conduza, nas circunstancias do litixio, a un resultado contrario ao dereito da Unión²⁰.

3 Novidades na prestación de servizos sociais tras as directivas de contratación de cuarta xeración. Referencia especial ao réxime do “concerto social”

3.1 Consideracións introdutorias

Con anterioridade á irrupción das novas directivas de contratación de cuarta xeración, a prestación dos servizos sociais articulábase mediante fórmulas contractuais (sendo a figura predominante o concerto), convenios e convenios singulares de vinculación de hospitais privados. O concerto é un subtipo de contratación da xestión dos servizos públicos que se atopa regulado no artigo 277 do TRLCSP. A xeito de recordatorio, esta modalidade xeral supón que se contrata a xestión cunha “*persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo público de que se trate*”. O concerto presupón que unha empresa realice con anterioridade ao contrato actividades privadas análogas ao servizo público de que se trate. En calquera caso, o concerto vai suplir a “incapacidade” actual da Administración para a prestación dun servizo, polo que, por definición, se caracteriza pola nota de interinidade ou transitoriedade.

19 Coa finalidade de esclarecer a situación do Goberno en funcións en España, o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, a través da Dirección Xeral do Patrimonio, ditou a Resolución do 16 de marzo de 2016 pola que se publica a *Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre o efecto directo das novas directivas comunitarias no terreo da contratación pública* (BOE n. 66 do 17 de marzo de 2016). Tamén coa mesma finalidade esclarecedora e dunha forma moito máis exhaustiva, os tribunais administrativos de contratación pública, en reunión conxunta celebrada en Madrid o 1 de marzo de 2016, aprobaron o documento de estudo titulado *Os efectos xurídicos das directivas de contratación pública ante o vencemento do prazo de transposición sen unha nova lei de contratos do sector público*.

20 MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aeb01e26c5798ebc766cf> (2 de marzo de 2017).

Os exemplos máis destacados atópanse na esfera educativa e sanitaria. Cando a Administración concerta cun colexio a prestación do servizo educativo, ou cun hospital a prestación de servizos sanitarios, opta por un modelo de xestión que introduce a competencia do sector privado en servizos tradicionalmente públicos. Será o usuario, o destinatario do servizo, o que poderá decidir entre os colexios e hospitais públicos ou, pola contra, os privados concertados, sendo este un instrumento de avaliación obxectivo a empregar pola Administración para dilucidar que modalidade de prestación do servizo é a que resulta máis vantaxosa.

A avaliación do impacto e a eficacia da lexislación sobre contratación pública da UE revelaron que os “servizos ás persoas”, os relacionados coa saúde e a educación, teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos. Estes servizos teñen, por natureza, unha dimensión transfronteiriza moi limitada e préstanse normalmente nun contexto específico que varía moito dun Estado membro a outro, debido á existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas e culturais. Polo tanto, correspóndelle a cada Estado membro, ao outorgarles amplas facultades discrecionais para iso, elixir a forma de organización e prestación dos ditos servizos. A asimilación do réxime dos concertos ao propio dunha determinada modalidade de contrato público na práctica dificultou que na organización da prestación de servizos non económicos pero de interese xeral –como os sociais– puidesen participar en maior medida as entidades do terceiro sector sen ánimo de lucro²¹. Tendo todo isto en consideración, as novas directivas de contratación pública van introducir dúas novidades relevantes en relación cos servizos sociais:

- A primeira, un tratamento contractual específico e diferenciado (dos demais servizos) caracterizado por: a) aplícase unicamente a aqueles servizos individualizados nos anexos IV, XIV e XVII das directivas europeas 23, 24 e 25 de 2014; b) establécense limiares específicos para estes contratos sociais, os cales, por regra xeral, son moi superiores aos fixados para os contratos de servizos non prioritarios ou “ordinarios”²²; c) a implantación dun réxime moi flexible e simplificado, case regras mínimas para a licitación destes contratos sociais²³. Existe entón unha indicación directa aos lexisladores dos Estados membros para establecer unha regulación específica que lles garanta os valores propios destes “servizos ás persoas” (calidade, continuidade, accesibilidade, dispoñibilidade e exhaustividade), podendo ademais dispor que a elección do provedor de servizos se realice sobre a base da “oferta economicamente máis vantaxosa, tendo en conta criterios de calidade e sustentabilidade” (76.2 da Directiva 24/2014). O lexislador europeo non predetermina estes aspectos, senón que outorga liberdade para que cada Estado membro deseñe o marco xurídico que considere máis apropiado.

- A segunda novidade, a declaración formal de que tales servizos poden prestarse igualmente mediante fórmulas non contractuais: “os Estados membros seguen tendo liberdade para prestar por si mesmos eses servizos ou organizar os servizos sociais de maneira que non sexa necesario asinar contratos públicos, por exemplo, mediante o simple financiamento destes

21 Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relecategoria.208/relemenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6> (20 de xaneiro de 2017).

22 O artigo 4 letra “d” da Directiva 24/2014 establece: “esta directiva aplicarase ás contratacións cuxo valor estimado, IVE excluído, sexa igual ou superior a (...) 750.000 €, nos contratos públicos de servizos para servizos sociais e outros servizos específicos enumerados no anexo XIV”. En relación cos contratos de concesións, ao contrario, os limiares atópanse igualados.

23 Vid. artigo 76.1 Directiva 24/2014 (“... Os Estados membros serán libres de determinar as normas de procedemento aplicables, sempre que tales normas lles permitan aos poderes adxudicadores ter en conta a especificidade dos servizos en cuestión”).

servizos ou o outorgamento de licenzas ou autorizacións a todos os operadores económicos que cumpran unhas condicións establecidas de antemán, sen impor límites ou cotas e sempre que se garanta unha publicidade suficiente e se axuste aos principios de transparencia e non discriminación"²⁴. É dicir, a propia Directiva 2014/24/UE, no marco das previsións do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, afirma expresamente que a aplicación da normativa contractual pública non é a única posibilidade de que gozan as autoridades competentes para a xestión dos servizos ás persoas. En consecuencia, non parece oportuno que se restrinxan as posibilidades de organización dos ditos servizos con terceiros, admitíndose unicamente as que derivan da lexislación de contratos do sector público²⁵.

3.2 O escenario actual no Estado español: as comunidades autónomas que deron o paso á fronte

A posibilidade de xestionar servizos ás persoas á marxe da vía contractual foi o elemento determinante para impulsar o proceso de reforma da lexislación autonómica. O cambio é significativo e afecta de cheo á figura tradicional de colaboración privada co sistema público de servizos sociais: o concerto. De forma sintética, os puntos máis relevantes da reforma son: a) Acuñouse unha nova denominación e agora fálase maioritariamente de "concerto social"; b) declárase expresa e formalmente que o concerto social está excluído do ámbito das normas de contratación do sector público; e c) a ausencia de beneficio na xestión privada irrompe como elemento clave da remodelación dos sistemas sociais autonómicos. A dita remodelación exixiu a reforma das correspondentes leis autonómicas de servizos sociais (o artigo 148.1.20.º da Constitución española establece que as comunidades autónomas poderán asumir competencias exclusivas en materia de asistencia social)²⁶.

Algunhas CC.AA., ante a falta de transposición da Directiva 2014/24/UE ao ordenamento xurídico español, decidiron aprobar unha lexislación que regulase ese novo réxime do "concerto social" ante a posibilidade de que, co marco xurídico vixente, non adaptado ás disposicións da citada directiva, se puidese seguir interpretando que o réxime xurídico da acción concertada debe equipararse ao propio dalgunha das modalidades previstas na lexislación de contratos públicos, resultando perentorio clarificar que o concerto presenta unha natureza distinta dos contratos públicos, así como determinar os principios a que deberá axustarse a súa celebración. A continuación relátase o proceso temporal do antedito desenvolvemento normativo autonómico:

A primeira comunidade autónoma en darlle un recoñecemento especial ao réxime de acción concertada foi o País Vasco, coa súa Lei 12/2008, do 5 de decembro, de servizos sociais do País Vasco. Pódese considerar que o País Vasco foi un adiantado á hora de incorporar un réxime de concerto diferenciado. No seu artigo 61.1 *establécese un réxime de concerto diferenciado da modalidade contractual de concerto regulada na normativa de contratación das administracións públicas*". Do mesmo xeito, estableceranse no seu artigo 60.1 as seguintes fórmulas para a prestación dos servizos sociais: *"xestión directa, réxime de concerto previs-*

24 Véxanse os considerandos 54 da Directiva 23/2014, 114 da Directiva 24/2014 e 120 da Directiva 25/2014.

25 LAZO VITORIA, X., "La figura del «concerto social» tras las directivas europeas de contratación pública", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37> (20 de xaneiro de 2017).

26 *Ibidem*.

to nesta lei, xestión indirecta no marco da normativa de contratación das administracións públicas, e convenios con entidades sen ánimo de lucro".

Este xerme do novo concerto regulador dos servizos sociais, xa co argumentario e recoñecemento posterior das directivas e da xurisprudencia do TXUE, verase referendado coa Lei 6/2016, do 12 de maio, do terceiro sector social de Euskadi (véxase o seu artigo 15).

A segunda comunidade foi Baleares, coa Lei 10/2013, do 23 de decembro, de modificación da Lei 4/2009, de servizos sociais das Illas Baleares. É a primeira vez que se fai referencia á nomenclatura "concerto social" (aínda que non de xeito rotundo, só o fai o artigo 89 *ter* no momento de tratar o obxecto deste tipo de concerto), pero si se establece que o réxime de concerto previsto nesa lei se establece como diferenciado da modalidade contractual de concerto que regula a normativa de contratación do sector público (artigo 89 *bis* 3)²⁷. Do mesmo xeito, vaise introducir unha novidosa distinción na prestación dos servizos sociais, a través das seguintes fórmulas: "*xestión directa, réxime de concerto previsto nesta lei, xestión indirecta no marco da normativa de contratación das administracións públicas e convenios con entidades sen ánimo de lucro*" (artigo 89.1). É conveniente destacar o Decreto 18/2015, do 10 de abril, polo que se establecen as normas básicas dos concertos sociais, que suporá o desenvolvemento dos principios establecidos na Lei 4/2009 e, concretamente, nos artigos específicos sobre este réxime de concertación diferenciado do que estipula o TRLCSP (do artigo 89 *bis* ao 89 *septies*). Por todo este exhaustivo desenvolvemento, a Comunidade Autónoma das Illas Baleares converteuse no referente a seguir neste paulatino proceso de reforma dos servizos sociais autonómicos.

Apenas dous anos despois, Asturias aprobou a súa Lei 9/2015, do 20 de marzo, de modificación da Lei do Principado de Asturias 1/2003, de servizos sociais. Establécese, tras esta modificación, o concerto social como modalidade diferenciada, a xeito dunha modulación ou especialidade con respecto á modalidade contractual do concerto xeral recollida no TRLCSP –xa que a aplicación xeral da vixente normativa de contratos do sector público non establece ningunha especificidade vinculada á singularidade dos servizos sociais–, garantindo, á súa vez, o cumprimento dos principios informadores da normativa estatal e europea en materia de concertación entre a iniciativa pública e a privada.

Agora ben, hai que destacar a redacción das formas de prestación dos servizos sociais que aparecen no seu artigo 44.1: "*O Principado de Asturias, no ámbito das súas competencias, pode organizar a prestación dos servizos sociais do Catálogo de Prestacións ou da súa planificación autonómica a través das seguintes fórmulas: xestión directa, xestión indirecta no marco xeral da normativa de contratación do sector público, incluído o réxime de concerto social previsto nesta lei, e convenios con entidades de iniciativa social*". Configúrase o concerto social como unha fórmula contractual aínda que o seu réxime xurídico se asemelle ao aprobado polo resto de comunidades autónomas para o concerto social, de fórmula non contractual.

27 Diferenciación posteriormente corroborada pola disposición adicional segunda do Decreto 18/2015, do 10 de abril, polo que se establecen as normas básicas dos concertos sociais, cuxo título xa deixa claras as intencións: diferenciación respecto ao concerto previsto no Texto refundido da Lei de contratos do sector público. "*O réxime de concerto regulado neste decreto establécese como diferenciado da modalidade contractual de concerto que regula o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (...), e, polo tanto, está excluído do ámbito de aplicación deste texto refundido*".

No medio desta paulatina reforma lexislativa autonómica, o Estado español aprobou a Lei 43/2015, de 9 de outubro, do terceiro sector de acción social. Esta nova lei estatal, que deberá respectar a competencia exclusiva das comunidades autónomas que teñan asumida esta na materia de asistencia social nos seus estatutos, insta o Goberno, a través dos ministerios que teñan competencias sobre a materia, a promover actuacións de fomento, apoio e difusión do terceiro sector de acción social. Pola súa parte, tanto a Administración xeral do Estado como as comunidades autónomas e as entidades locais han de colaborar na promoción dos principios do terceiro sector de acción social. Destaca neste punto a letra f do seu artigo 7; neste precepto preténdese darlles un pulo, outorgando especial atención ao uso dos concertos e convenios, aos mecanismos de colaboración entre a Administración xeral do Estado e as entidades do terceiro sector de acción social, para o desenvolvemento de programas de inclusión social de persoas ou grupos vulnerables en risco de exclusión social e de atención ás persoas con discapacidade ou en situación de dependencia²⁸.

A Lei 16/2015, do 9 de novembro, que modifica a Lei 3/2003, do sistema de servizos sociais da Rexión de Murcia, vai supor outro novo paso adiante autonómico en adaptar a súa lexislación ao tratamento dos servizos sociais. Introdúcese un artigo 7 *bis* (que posteriormente tivo unha nova modificación coa Lei 5/2016, do 2 de maio, que modifica a Lei 3/2003, do sistema de servizos sociais da Rexión de Murcia²⁹) en que se organiza a prestación dos servizos sociais a través das seguintes fórmulas: “a) *Xestión directa*. b) *Xestión indirecta no marco xeral da normativa de contratación do sector público*. c) *Mediante concertos sociais con entidades privadas con ou sen ánimo de lucro, tendo preferencia as declaradas de interese asistencial segundo o establecido no artigo 7*. d) *E mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendendo como tales as fundacións, asociacións, cooperativas, organizacións de voluntariado e demais entidades e institucións sen ánimo de lucro que realizan actividades de servizos sociais, sempre que sobre as ditas entidades non posúa o dominio efectivo unha entidade mercantil que opere con ánimo de lucro*”. Tamén se deixará claro que o réxime de concerto é diferenciado da modalidade contractual do concerto regulado na normativa de contratación do sector público (artigo 25 *bis* 3).

Chégase así ao 18 de abril de 2016, data límite para a transposición das directivas, cun panorama en que o Estado español non realizou unha transposición plena das directivas de cuarta xeración e, respecto ao tratamento da xestión dos servizos sociais, só un número insignificante de CC.AA. adaptaron as súas leis a este novo réxime outorgado polo lexislador europeo. Instáurase a institución do efecto directo –xa tratado anteriormente– co que as citadas directivas xa producen efecto nos ordenamentos dos Estados membros da UE.

Neste contexto, destaca o modelo *sui generis* de Cataluña, xa que a través do seu Decreto lei 3/2016, do 31 de maio, de medidas urxentes en materia de contratación pública de Ca-

28 Como aspecto positivo da nova lei estatal, cómpre destacar o intento de clarificación que leva a cabo da *ratio* competencial a través da cal se distribúen con nitidez as competencias entre a Administración xeral do Estado e as comunidades autónomas e o feito de que se reforce a consideración de que o papel das entidades que integran o terceiro sector de acción social non pode, en ningún caso, diluír a responsabilidade da Administración xeral do Estado.
CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

29 Modifícase novamente o artigo 7 *bis*, no sentido de eliminar a exclusividade e establecer a preferencia das entidades declaradas de interese asistencial no establecemento dos concertos sociais. Xa que a posibilidade de celebrar concertos debería estar aberta a todas as entidades prestadoras de servizos sociais, e non quedar limitada a aquelas entidades que obteñan, por desenvolver actuacións de especial interese e transcendencia para os servizos sociais da Rexión de Murcia, a declaración de entidades de interese asistencial.

taluña (validado en xullo de 2016), introduciu entre as figuras non contractuais de xestión de servizos sociais o concerto social sen modificar a súa Lei 12/2007, do 11 de outubro, de servizos sociais. Deste xeito, na disposición adicional terceira do citado decreto expón a seguinte formulación: “(...) os servizos sociais regulados na Lei 12/2007, do 11 de outubro, de servizos sociais, poderanse xestionar mediante fórmulas non contractuais, tal como se define a continuación: 1. Concerto social: a prestación de servizos sociais da rede de servizos sociais de atención pública a través de terceiros titulares dos servizos e establecementos en que se presten servizos con financiamento, acceso e control públicos. No establecemento dos concertos sociais para a provisión de servizos sociais téñense que atender os principios de atención personalizada e integral, arraigamento da persoa ao contorno de atención social, elección da persoa e continuidade na atención e a calidade. Por iso, poderanse establecer como requisitos, cláusulas, medidas de preferencia ou medidas de discriminación positiva, criterios sociais, de calidade, de experiencia e traxectoria acreditada, e outros que se determinen regulamentariamente. 2. Xestión delegada: a prestación de servizos sociais da rede de servizos sociais de atención pública en establecementos de titularidade da Administración pública, a través de terceiros, nos termos e nas condicións que lle encomende a Administración pública titular do establecemento ou servizo”.

A Comunidade Autónoma de Aragón modificará a Lei 5/2009, do 30 de xuño, de servizos sociais de Aragón, nun primeiro momento, e cunha natureza de urxencia, a través do Decreto lei 1/2016, do 17 de maio, de acción concertada para a prestación ás persoas de servizos de carácter social e sanitario. Posteriormente tamén, por medio da Lei 11/2016, do 15 de decembro, de acción concertada para prestación de servizos de carácter social e sanitario de Aragón (e que derogará ao Decreto lei 1/2016).

No apartado 1 do artigo 21 da Lei de servizos sociais modificada quedan redactadas as novas formas de prover as persoas dos servizos sociais: “a) Mediante xestión directa ou medios propios, que será a forma de provisión preferente. b) Mediante xestión indirecta conforme algunha das fórmulas establecidas na normativa sobre contratos do sector público. c) Mediante acordos de acción concertada con entidades públicas ou con entidades privadas de iniciativa social”, formas que serán as mesmas que as reflectidas no artigo 2 da Lei 11/2016 de acción concertada, coa excepción de que xa non se lle outorga o carácter de preferente á xestión directa.

As formas de prestación dos servizos ás persoas de carácter social ou sanitario que se establecen mediante esta lei baséanse nunha concepción equilibrada de xestión directa, indirecta e acción concertada, que garante a aplicación da normativa de contratación do sector público, coa economía que xera, sempre que os operadores económicos actúen no mercado con ánimo de lucro e, consecuentemente, incorporando aos prezos beneficio industrial. A acción concertada circunscríbese, por iso, no marco da recente xurisprudencia do TXUE, a entidades sen ánimo de lucro, limitándose a súa retribución ao reintegro de custos e sempre no marco do principio de eficiencia orzamentaria. Deste xeito, a posible prestación de servizos en réxime de xestión directa, obxectivando os custos, en xestión indirecta, recorrendo ao mercado para a determinación dos prezos, e en réxime de acción concertada mediante módulos, permitirá un axeitado control dos custos das diferentes prestacións que, ademais, consonte esta lei, deberán ser transparentes e publicarse periodicamente. Este sistema de

REGAP



NOTAS

régime de acción concertada é, en todo caso, complementario e non excluínte do réxime establecido na normativa sobre contratación³⁰.

Galicia e Andalucía, convertéronse nas últimas CC.AA. en adaptar a súa normativa ás consideracións das directivas de 2014. Da primeira faremos mención máis adiante e, respecto á segunda, o desenvolvemento legislativo prodúcese coa Lei 9/2016, do 27 de decembro, de servizos sociais de Andalucía. Na citada lei, o concerto social establécese como unha modalidade diferenciada do concerto regulado na normativa de contratación do sector público, sendo necesario establecer condicións especiais, cumprindo cos principios informadores da normativa europea en materia de concertación (artigo 101.3). No seu artigo 100.1 establécese as fórmulas para organizar a prestación dos servizos sociais andaluces: *"xestión directa, réxime de concerto social previsto nesta lei e xestión indirecta no marco da normativa de contratación do sector público, garantindo, en todo caso, os principios de igualdade e non discriminación, publicidade e transparencia"*. Da nova lei despréndese unha preferencia clara cara á figura do concerto social, xa que, salvo un *numerus clausus* de prestacións previstas para a xestión directa (artigo 44), nos demais casos deberase aplicar este réxime de concerto específico, a non ser que motivadamente non sexa posible tal aplicación, polo que habería que recorrer á xestión indirecta (con clausulado social) e a convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada (*"por razóns de urxencia, a singularidade da actividade ou prestación de que se trate, ou o seu carácter innovador e experimental"*) artigos 108 e 110, respectivamente.

3.3 A colaboración con entidades sen ánimo de lucro

No concernente á nova modalidade de xestión dos servizos sociais mediante convenios con entidades sen ánimo de lucro, denominadas tamén entidades de iniciativa social, as citadas CC.AA. recoñeceron a forma de xestión con convenios ou acordos con este tipo de entidades.

As Illas Baleares (no seu artigo 89 *quinquies* apartado 4 da Lei 10/2013), Cataluña (na súa disposición adicional terceira, apartado 9 do Decreto lei 3/2016) e Asturias (artigo 44 *bis*, apartado 1 da Lei 9/2015) establecen que, para o establecemento de concertos, as administracións públicas darán prioridade, cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social, ás entidades sen ánimo de lucro.

Interesa citar tamén que Asturias (artigo 44 *octies*) e o País Vasco (artigos 69 e 70 da Lei 12/2008 de servizos sociais) prevén a celebración de convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada naqueles supostos en que, por razóns de urxencia, a singularidade da actividade ou prestación de que se trate, ou o seu carácter innovador e experimental, aconsellen a non aplicación motivada do réxime de concerto social. Tamén en ambas as dúas CC.AA. se poderán establecer coas entidades de iniciativa social acordos de colaboración que recollan os concertos, convenios ou calquera outras formas de colaboración que se subscriban respectivamente con cada unha delas³¹.

30 Preámbulo da Lei 11/2016, do 15 de decembro, de acción concertada para prestación de servizos de carácter social e sanitario de Aragón.

31 O País Vasco foi tamén un pioneiro na colaboración e no recoñecemento das entidades sen ánimo de lucro, dedicándolles un capítulo titulado "Apoio público á iniciativa social sen ánimo de lucro" (artigos 73 a 75 da Lei 12/2008 de servizos sociais), ademais de aprobar o Decreto 424/2013, do 7 de outubro, de declaración de interese social das entidades sen ánimo de lucro de servizos sociais.

Respecto a Andalucía, convén destacar que as administracións públicas competentes lles darán prioridade non só nos concertos, senón tamén nos contratos de xestión directa e nos de xestión indirecta (cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social) ás entidades da iniciativa social, ás entidades de economía social, ás cooperativas e ás pequenas e medianas empresas (artigo 100.4 da Lei 9/2016 de servizos sociais de Andalucía).

O caso da Comunidade Autónoma de Aragón presenta a peculiaridade de que a súa lexislación faculta a celebrar concertos sociais exclusivamente con entidades sen ánimo de lucro.

Por último, hai que comentar que en Murcia existe unha regulación algo diferente, debido a que, como xa se sinalou anteriormente (artigo 7 *bis* da Lei 3/2003), para o establecemento do réxime de concerto social teñen preferencia as declaradas entidades de interese asistencial, que poden ser entidades privadas con ou sen ánimo de lucro (a diferenza do establecido nas demais CC.AA.). Agora ben, o artigo 25.3 sinala que as administracións públicas poderán establecer concertos, convenios ou outras fórmulas de cooperación para a prestación de servizos sociais, nas cales darán prioridade, cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e custos, aos servizos e centros dedicados á prestación de servizos sociais dos que sexan titulares entidades de iniciativa privada sen fins de lucro e atendan preferentemente a persoas de condición socioeconómica desfavorable.

As entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro, ademais de atopar o seu apoio nas novas directivas de contratación pública (resultando paradoxal o recoñecemento dunha vía non contractual nunha norma propia de contratación –aínda que sexa na parte dos considerandos–), gozan xa de xurisprudencia do TXUE ao respecto que vai referendar esta modalidade de xestión. Hai que facer referencia á STXUE (sala quinta) do 28 de xaneiro de 2016, CASTA e outros, asunto C-50/14, que abre novas perspectivas á colaboración de entidades sen ánimo de lucro no ámbito de prestacións a persoas nos sectores sanitarios e sociais³².

Sobre a cuestión elevada ao TXUE no referente a se é posible opor o dereito da Unión no ámbito dos contratos públicos a unha normativa nacional que permite a adxudicación directa do servizo de transporte sanitario a asociacións de voluntariado, o tribunal advirte que a regra xenérica é a de que un contrato non pode quedar excluído do concepto de contrato público só polo feito de que a retribución prevista se limite ao reembolso dos gastos soportados pola prestación do servizo ou de que sexa realizado cunha entidade sen ánimo de lucro. Isto implica que os principios da contratación pública, a destacar o da transparencia e publicidade, deben ser esenciais en favor de respectar a libre competencia das demais empresas doutros Estados membros. Non obstante, segundo a análise de cada suposto, existen un conxunto de aspectos, como son o marco xurídico nacional, a natureza das prestacións consideradas, a eficiencia económica e o interese xeral, entre outros, que se terán en consideración. Con todo isto, conclúese que os artigos 49 e 56 TFUE non impiden que unha normativa nacional habilite as autoridades locais para atribuír a prestación de servizos de transporte sanitario mediante adxudicación directa, sen forma ningunha de publicidade, a asociacións de voluntariado; iso significa que esta clase de adxudicación é compatible co dereito da Unión sempre que se cumpra o seguinte: primeiro, que o marco legal e convencional en que se desenvolve a actividade deses organismos contribúa realmente a unha finalidade social e non

32 Esta sentenza resolve a petición de decisión prexudicial –ten por obxecto a interpretación dos artigos 49 e 56 TFUE– sobre a adxudicación, sen licitación, do servizo de transporte das persoas en tratamento de diálise a diferentes centros sanitarios, a varias asociacións de voluntariado organizadas sobre a base de prestacións de traballo non retribuído e a cambio dun reembolso efectivo dos gastos.

persigan obxectivos distintos dos de solidariedade e de eficacia orzamentaria que o sustentan; segundo, que non consigan ningún beneficio directo ou indirecto das súas prestacións, nin proporcionen ningún beneficio aos seus membros; no que respecta ao reembolso dos custos variables, fixos e permanentes necesarios para prestalas, debe procurarse que o participante poida obter unicamente a devolución dos gastos efectivamente soportados como consecuencia da prestación da actividade, dentro dos límites establecidos previamente polas propias asociacións; e terceiro, aínda que é admisible o recurso a traballadores, posto que, no seu defecto, se privaría esas asociacións da posibilidade efectiva de actuar en numerosos ámbitos en que se pode pór en práctica normalmente o principio de solidariedade, a actividade desas asociacións debe respectar estritamente as exixencias que lles impón a normativa nacional³³.

Admitida así esta posibilidade, o TXUE engade que, cando concorren todas as condicións que á luz do dereito da Unión lle permiten a un Estado membro prever o recurso a asociacións de voluntariado, se pode atribuír a estas a prestación de servizos de transporte sanitario mediante adxudicación directa, sen forma ningunha de publicidade sen que resulte necesario realizar unha comparación previa das ofertas de varios operadores homoxéneos (se é o caso, tamén comunitarios) que poidan obter a adxudicación directa, coa obxección de que deben ser respectados dous límites: o primeiro, que tal opción se xustifique no principio de eficiencia, é dicir, que ese medio de actuación contribúa efectivamente ao obxectivo de eficiencia orzamentaria; en segundo lugar, que esas actividades comerciais sexan marxinais en relación co conxunto das actividades de tales asociacións e que apoiem a prosecución da actividade de voluntariado destas.

En conclusión, o dereito europeo da contratación pública habilita para que, nun contrato de prestacións persoais de carácter sanitario ou social, se poida adxudicar a entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro (terceiro sector) que colaboran cos fins públicos, dado o marcado carácter estratéxico desa colaboración. Esta posibilidade, cos límites xa descritos polo TXUE, exige unha norma legal (como se viu, dentro do ámbito competencial español das CC.AA.) que prevexa e regule esta posibilidade. Sen ese marco legal expreso deberanse aplicar as regras ordinarias da contratación pública, o que pode conducir a certos efectos non desexables³⁴.

3.4 A prestación de servizos ás persoas na Comunidade Autónoma de Galicia

O Estatuto de autonomía de Galicia, a través do seu artigo 27.23, asumiu a competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia en asistencia social. Tendo en conta esta premisa, o Parlamento de Galicia manifestou a súa vontade de establecer unha regulación legal propia en materia de servizos sociais, mediante a aprobación da Lei 3/1987, do 27 de maio, de servizos sociais, e posteriormente mediante a Lei 4/1993, do 14 de abril, de servizos sociais. Estas leis, especialmente a última, posibilitaron o nacemento e posterior desenvolvemento dun sistema de servizos sociais con identidade propia, en que se identificaban niveis

33 O TXUE establece unha importante cautela de ámbito xeral e recorda que o principio xeral do dereito da UE de prohibición do abuso de dereito non habilita para unha aplicación desa normativa que ampare prácticas abusivas das asociacións de voluntariado ou dos seus membros. Así pois, a actividade das asociacións de voluntariado só pode ser exercida por traballadores dentro dos límites necesarios para o seu funcionamento normal.

34 GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f> (20 de xaneiro de 2017).

e contidos e en que se implicaba as administracións públicas e entidades privadas, tendo por obxecto estruturar e regular como servizo público os servizos sociais de Galicia para a construción do sistema galego de benestar.

A vixente lei de servizos sociais de Galicia é a Lei 13/2008, do 3 de decembro. Esta lei tivo unha importante modificación no ámbito da contratación pública en xullo de 2016, pero antes de abordar esta modificación hai que facer mención a outra lei que tamén incorporou medidas nesta temática. Esta foi a Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, que bebe directamente do proxecto da Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública e foi tramitada de xeito paralelo a esta, a cal lles impuxo aos poderes adjudicadores de todo o sector público autonómico a obriga de realizaren, na medida do posible, contratacións públicas socialmente responsables. Neste sentido, o artigo 25 establece que, co obxecto de promover unha contratación pública ecolóxica e socialmente responsable, os poderes adjudicadores da Administración deberán ter en conta criterios sociais e de sustentabilidade ambiental ao deseñar as especificacións técnicas e administrativas do contrato. Ademais, estes poderes ponderarán a inclusión de criterios sociais e ambientais como criterios de adjudicación e como condicións especiais de execución do contrato, debendo ter tales criterios relación directa co obxecto do contrato³⁵.

En 2016 a Xunta de Galicia publicou a *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*. A guía céntrase nos aspectos esenciais que se deberán ter en conta para deseñar contratos do sector público autonómico e facilitar aos adjudicadores levar a cabo unha contratación pública socialmente responsable, mediante unha contratación que incorpora criterios sociais como a igualdade de xénero, a inclusión social e os dereitos das persoas con discapacidade, entre outros.

Tras esa acertada incorporación dunha “contratación pública socialmente responsable”, chegou a Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia. Considérase necesaria unha modificación da lei de servizos sociais de Galicia co obxecto de potenciar o papel das entidades de iniciativa social na prestación de servizos e dotalas dun novo mecanismo que permita impulsar as relacións entre estas e as administracións públicas, á vez que dote dunha maior seguridade xurídica as actividades económicas deste sector.

Polo tanto, tendo en conta a regulación comunitaria e á vista da lexislación doutras comunidades autónomas, na medida en que lle corresponde á Comunidade Autónoma de Galicia a configuración do sistema propio de servizos sociais, acométese a modificación parcial da Lei de servizos sociais coa introdución do concerto social como modalidade diferenciada con respecto á modalidade contractual do concerto xeral recollida no TRLCSP, garantindo tamén o cumprimento dos principios informadores da normativa estatal e europea en materia de concertación entre a iniciativa pública e privada, así como a figura dos acordos marco para a xestión de servizos sociais coas entidades, coa finalidade de atender a libre elección da persoa destinataria do servizo de que se trate.

³⁵ Este precepto debe completarse cos artigos 26 e 27 da lei. O artigo 26 establece a reserva de contratos a centros especiais de emprego e empresas de inserción sociolaboral, e o artigo 27, pola súa banda, relata a participación das asociacións e fundacións nos contratos do sector público.

No artigo 29 regúlanse as formas de prestación dos servizos sociais en Galicia e dispónse que os servizos sociais os prestarán as administracións públicas galegas directamente ou, de xeito indirecto, a través das diversas modalidades de contratación da xestión de servizos públicos establecidas na normativa reguladora dos contratos do sector público, nomeada mediante a modalidade de concerto³⁶.

O dito artigo 29 tivo dúas modificacións, unha primeira coa disposición derradeira 3.1 da Lei 6/2016, do 4 de maio, da economía social de Galicia, na cal se engaden ao apartado 2 os tres últimos parágrafos, quedando vixente desde o 7 de xuño de 2016³⁷; a segunda modificación do artigo 29 veu da man da Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia, e que afectará ao apartado 1, entrando en vigor esta modificación o 1 de agosto de 2016. Nesta nova redacción –que modifica a letra c) e engade a letra d)– literalmente expónse que os servizos sociais serán prestados polas administracións públicas galegas a través das seguintes fórmulas: “a) a xestión directa, b) a xestión indirecta no marco da normativa reguladora dos contratos do sector público, c) mediante o réxime de concerto social previsto nesta lei, e d) mediante convenios con entidades sen ánimo de lucro”.

A citada Lei 8/2016 incorporou á lei galega de servizos sociais nos artigos 33 *bis*, *ter*, *quater*, *quinques*, *sexies*, *septies* e *octies* a nova modalidade de concerto social, que se establecerá como modalidade diferenciada da do concerto xeral regulado na normativa de contratación do sector público, dadas as especiais circunstancias que concorren no ámbito dos servizos sociais.

O concerto social defínese como o instrumento por medio do cal se produce a prestación de servizos sociais de responsabilidade pública a través de entidades cuxo financiamento, acceso e control sexan públicos, sendo as entidades que ofrecen servizos sociais previstos nas carteiras de servizos vixentes as que poderán acollerse a este réxime de concertos específico.

O obxecto do concerto social é, por un lado, a reserva e a ocupación de prazas para uso exclusivo das persoas usuarias de servizos sociais ou os colectivos vulnerables, cuxo acceso sexa autorizado polas administracións públicas, e, por outro, a xestión integral de prestacións técnicas, tecnolóxicas, de servizos, programas ou centros.

36 Exposición de motivos da Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia.

37 “Artigo 29.2. As persoas físicas e xurídicas privadas, de iniciativa social ou de carácter mercantil, poderán actuar como entidades prestadoras de servizos sociais e, en consecuencia, crear centros de servizos sociais, así como xestionar programas e prestacións desta natureza, de conformidade co establecido neste título.

Por razóns de saúde pública directamente vinculadas coa garantía da axeitada atención e protección dos usuarios dos servizos sociais, sempre que inclúan prestacións ligadas á saúde de acordo coas respectivas normativas sectoriais que os regulan, a prestación dos servizos para persoas maiores, con discapacidade e/ou con dependencia, dos servizos para a infancia e a adolescencia, e dos servizos de acollida ou inclusión está suxeita, con carácter previo ao inicio da actividade, á correspondente autorización ditada polo órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais, nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento.

A prestación dos servizos que supoñan o exercicio privado de funcións públicas relativas ao acollemento residencial de menores ou á aplicación de medidas xudiciais a menores, así como a prestación de servizos de educación infantil suxeitos a autorización de conformidade coas leis en materia educativa que os regulan, está suxeita con carácter previo ao inicio da actividade á correspondente autorización ditada polo órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais, nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento.

A prestación dos restantes servizos sociais está suxeita, con carácter previo ao inicio da actividade e nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento, á presentación da correspondente declaración responsable ou comunicación previa, de acordo co previsto na normativa sectorial de aplicación, sen prexuízo das facultades de control, comprobación e inspección que lle corresponden ao órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais. As ditas facultades de control, comprobación e inspección poderán exercerse en calquera momento”.

No establecemento dos concertos para a provisión de servizos sociais, atenderanse os principios de atención personalizada e integral, arraigamento da persoa no contorno de atención social, elección da persoa e continuidade na atención no seu ciclo vital e a calidade. Por iso, poderanse establecer como criterios para a formalización dos concertos determinadas medidas de preferencia ou medidas de discriminación positiva, criterios sociais, de calidade, e de experiencia e traxectoria acreditada. Especificamente, na atención á infancia terase en consideración na selección dos cadros de persoal a formación específica e a experiencia en atención a menores, en particular dereitos da infancia, maltrato infantil, atención a persoas menores de idade, vítimas de violencia de xénero e abuso sexual.

Ademais da obriga ao titular da entidade que concerta a prover as prestacións e os servizos nas condicións estipuladas na lexislación aplicable e no prego técnico do concerto social, o concerto social ten como efectos: que non se lles pode cobrar ás persoas usuarias polas prestacións propias do sistema de servizos sociais de responsabilidade pública ningunha cantidade á marxe do prezo público establecido. As prestacións non gratuítas non poderán ter carácter lucrativo. O cobramento ás persoas usuarias de calquera cantidade por servizos complementarios a maiores dos prezos públicos estipulados terá que ser autorizado pola Administración competente.

Os requisitos que se establecen para acceder ao réxime do concerto social en Galicia son: a) Para poder subscribir concertos, as entidades terán que contar coa oportuna autorización administrativa dos seus centros e coa tramitación da oportuna autorización, declaración responsable ou comunicación previa dos seus servizos. b) Deben estar inscritas no Rexistro Único de Entidades Prestadoras de Servizos Sociais. c) As entidades terán que acreditar, en todo caso, a disposición de medios e recursos suficientes para garantir o cumprimento das condicións establecidas para cada servizo, así como o cumprimento da normativa que con carácter xeral ou específico lles sexa aplicable. d) As entidades coas cales se subscriban concertos de ocupación ou de reserva de prazas terán que acreditar a titularidade do centro ou a súa dispoñibilidade por calquera título xurídico válido por un período non inferior ao de vixencia do concerto.

Os órganos de contratación do sector público autonómico poderán e procurarán concluír acordos marco coas entidades prestadoras de servizos sociais co obxecto de fixar as condicións ás cales se deberá axustar a prestación de determinados servizos sociais durante un período de tempo concreto. En particular, o sector público autonómico promoverá a formalización dos acordos marco, coa finalidade de atender, de forma prioritaria, e na medida en que sexa posible, á libre elección da persoa destinataria do servizo de que se trate³⁸.

38 Déixanse a un posterior desenvolvemento regulamentario os seguintes aspectos do concerto social do sector público galego:

A determinación de principios ou medidas de preferencia, sempre que se garanta a libre concorrencia e se respecten os principios de igualdade de trato, de non discriminación e de transparencia.

Os aspectos e criterios a que se teñen que someter os concertos sociais, os cales preverán sempre os principios establecidos no punto anterior. Estes aspectos referiranse ao cumprimento dos requisitos previstos nesta lei, á tramitación da solicitude, á vixencia ou duración máxima do concerto e ás causas de extinción, ás obrigas das entidades que presten o servizo concertado e as administracións públicas que outorgasen o concerto social, á submisión do concerto ao dereito administrativo, ao número de prazas concertadas e a outras condicións. As condicións que permitan establecer prezos de referencia para as prestacións non gratuítas (xa que estas non poden ter carácter lucrativo).

Establecer outros requisitos específicos de acceso ao réxime de concerto social.

As condicións para a renovación dos concertos.

O documento administrativo coa forma e o contido que implique a formalización dos concertos.

As condicións de subscripción do concerto único que se permite para cando a reserva e a ocupación de prazas en varios centros ou para a xestión integral dunha pluralidade de prestacións ou servizos cando todos eles dependan dunha mesma entidade titular.

Por último, abordarase o tratamento aos acordos con entidades de iniciativa social. Para os efectos da lei galega de servizos sociais, as entidades de iniciativa social son aquelas organizacións ou institucións non gobernamentais que xestionan centros ou desenvolven actuacións e programas de servizos sociais sen ánimo de lucro (artigo 30).

Xa no artigo 2, apartado 3, se anuncia a obriga aos poderes públicos de fomentar, no ámbito dos servizos sociais, o desenvolvemento de actuacións solidarias por entidades de iniciativa social sempre que se axusten aos requisitos de autorización, calidade e complementariedade (ademais desta tendencia, véxanse os seus artigos 31 e 33 titulados “Fomento da iniciativa social” e “Fomento de previsións de índole social na contratación pública”, respectivamente).

Igual que a maioría das CC.AA. que introduciron a adaptación lexislativa en favor destas entidades sen ánimo de lucro, a lei galega expón que *“para o establecemento de concertos, as administracións públicas daranlles prioridade ás entidades sen ánimo de lucro cando existan análogas condicións de efectividade, calidade e rendibilidade social, sempre que, en todo caso, se garanta a libre concorrència e se respecten os principios de igualdade de trato, de non discriminación e de transparencia”* (artigo 33 quinquies 5).

O artigo 33, apartado 3, expón que poderá establecerse unha preferència na adxudicación dos contratos relativos a prestacións de carácter social ou asistencial para as proposicións presentadas por entidades sen ánimo de lucro, con personalidade xurídica, sempre que a súa finalidade ou actividade teña unha relación directa co obxecto do contrato nos termos previstos na normativa de contratación pública. Ao final da súa exposición engádese ao precepto (a través dunha modificación feita á Lei 13/2008, vixente desde o 1 de agosto de 2016) *“ou así figure definido no concerto social previsto nesta lei”*, polo que se establecerá a posibilidade de prioridade ás entidades sen ánimo de lucro en dúas vertentes: a contractual e a non contractual (concerto social).

4 Conclusións

Como se pode comprobar, o proceso para instaurar na contratación pública unhas políticas sociais foi lento. De feito, aínda está inacabado se se considera que tales políticas deben ser un fiel reflexo do compromiso social do dereito administrativo. A inclusión de consideracións sociais nos contratos públicos permite que a compra pública, máis alá de satisfacer as necesidades do órgano de contratación, poida ser utilizada para orientar e consolidar actuacións vantaxosas para o interese xeral. Non obstante, esta inclusión de obxectivos sociais dependerá, por unha parte, dos requisitos que estableza o ordenamento xurídico para a súa admisión e, por outra, da intención política en incorporar esta perspectiva transversal ás compras públicas.

En relación co establecido no ordenamento xurídico, as directivas de contratación pública de 2014 posibilitan expresamente a integración de aspectos sociais nas distintas fases do procedemento de adxudicación, desde a existencia de respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, proporcionalidade e transparencia. Non obstante, estas vixentes directivas revelaron que os “servizos ás persoas” teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos, correspondéndolle a cada Estado membro, ao outorgarlles facultades discretionais para iso, elixir a forma de organización e prestación dos

ditos servizos sociais. Introdúcense dúas novidades destacables para este tipo de servizos: un tratamento contractual diferenciado do propio dos demais servizos e a posibilidade de prestarse mediante fórmulas non contractuais.

Con este novo panorama, as CC.AA. –que son as dotadas de competencia neste ámbito no Estado español–, en función da intencionalidade política, irán adaptando as súas leis de servizos sociais a esta nova realidade. Do estudo realizado respecto aos progresivos avances normativos autonómicos ata o momento actual, soamente as comunidades do País Vasco, Baleares, Asturias, Murcia, Cataluña, Aragón, Galicia e Andalucía introduxeron unha nova fórmula para a prestación dos servizos sociais, o denominado “concerto social”, e a súa nova relación coas entidades de iniciativa social (referendada pola STXUE do 28 de xaneiro de 2016, CASTA e outros). Paulatinamente, as restantes CC.AA. van tomar a determinación de adaptar a súa normativa ao respecto, por exemplo a Comunidade Valenciana e A Rioxa.

Este cambio de modelo de xestión dos servizos sociais de responsabilidade pública (financiamento, acceso e control son públicos), a través de entidades de iniciativa privada que cumpran cunha serie de condicións, ten o obxectivo de: garantir a calidade da atención ás persoas (sobre todo dirixido a colectivos en exclusión social ou máis necesitados), mellorar as condicións laborais dos traballadores das entidades do terceiro sector e dotar de máis seguridade financeira as ditas entidades, substituíndo o seu modelo de financiamento baseado na subvención, debéndose rematar, así mesmo, coa discrecionalidade na concesión de axudas públicas.

regap



NOTAS

5 Bibliografía

- AYMERICH CANO, C. I., “Condicións sociais e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000.
- CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.
- CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, 2016, <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>
- LAZO VITORIA, X., “La figura del ‘concerto social’ tras las directivas europeas de contratación pública”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37>

MEILÁN GIL, J. L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 17, 2013.

MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e-26c5798ebc766cf>

MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RIVERO YSERN, E., e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, Editorial Bubok, Madrid, 2016.

VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoriaXuridica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf